



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 955.835 - DF (2016/0192978-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MOISES FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADA : ARIELLE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF034431
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ART, 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DOS MAUS ANTECEDENTES. TESE DE *NE BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão combatido esta de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido a existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.

2. Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016).

3. Quanto à tese de existência de *ne bis in idem*, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, por constituir inovação recursal, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 955.835 - DF (2016/0192978-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MOISES FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADA : ARIELLE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF034431
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **MOISES FERREIRA DOS SANTOS** contra decisão de minha relatoria, na qual foi conhecido o agravo e negado provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 374-378).

O agravante sustenta, em síntese, que **a)** "sem a quebra da reverência devida, como já mencionado, não há nada nos autos que indique o motivo pelo qual a substituição não é recomendada, deixando evidente que o ora agravante faz juz ao direito de substituição do regime semiaberto para a restritiva de direito, nos termos do artigo 44, III, do CP;" **b)** "ora, com o respeito devido, ainda que se considerem as duas condenações definitivas como condições desfavoráveis, verifica-se que não se trata de fundamento idôneo a não permitir tal substituição, vez que os registros criminais utilizados para a fixação de regime de cumprimento de pena se referem a fatos ocorridos há mais de dez anos, os quais, se quer, poderiam servir, no contexto dos autos para agravar ainda mais a reprimenda imposta;" **c)** "em que pese a jurisprudência deste C. STJ entender que a existência de circunstância desfavorável, leia-se, maus antecedentes, afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Suprema Corte Brasileira decidiu que não pode ser considerada como mau antecedente a condenação por um crime cuja pena foi cumprida ou extinta cinco anos antes do cometimento do novo crime;" **d)** "o cidadão não pode ser penalizado eternamente por deslizos em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. É atribuir o status de perpetuidade à condenação;" **e)** "outrossim, este C. STJ negou provimento ao recurso especial, sob o suposto argumento de aplicação das súmulas 282 e 356 do STF, no entanto, os verbetes sumulares devem ser superados, pois a tese de ne bis in idem, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixação do regime mais gravoso e para afastar a substituição de pena foram devidamente suscitados no recurso de apelação à fl. 222 (e- STJ)" e **f)** "não há que se falar em inovação recursal a apresentação de tese jurídica tão somente quando da oposição de embargos de declaração, posto que o pleito foi prequestionado, afastando, portanto, a incidência das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal."

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado, a fim dar provimento ao recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 955.835 - DF (2016/0192978-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MOISES FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADA : ARIELLE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF034431
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ART, 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DOS MAUS ANTECEDENTES. TESE DE *NE BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão combatido esta de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido a existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.

2. Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016).

3. Quanto à tese de existência de *ne bis in idem*, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, por constituir inovação recursal, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A pretensão não merece êxito, na medida em que o agravante não apresentou argumentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

O Tribunal de origem em análise a apelação da defesa assim consignou:

"DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

A Defesa pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao argumento de que o recorrente não é reincidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específico, além de possuir condições pessoais favoráveis, motivo pelo qual preenche os requisitos para concessão do benefício.

Sem razão.

Para a substituição pretendida, necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, que assim dispõe:

'Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do

condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente'.

Na espécie, o réu preenche os requisitos objetivos constantes do inciso I do artigo 44 do Código Penal, porquanto a pena privativa de liberdade restou fixada em 01 (um) ano e 01 (mês) de detenção e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. /

Quanto aos requisitos subjetivos, todavia, verifica-se que o réu é reincidente em crime doloso pela prática de tentativa de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas, consoante a certidão de fl. 155, além de possuir maus antecedentes pela prática do delito de roubo circunstanciado pelo uso de arma e concurso de pessoas fl. 156, o que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante da vedação dos incisos II e III do artigo 44 do Código Penal.

É certo que não se tratando de reincidência específica, como na hipótese dos autos, o Magistrado detém a faculdade de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, caso a medida seja socialmente recomendável.

No caso dos autos, o juiz sentenciante indeferiu a substituição pretendida com base na seguinte fundamentação (fls. 183-v/184):

'[...] Código Penal, em seu artigo 44, inciso III, estabelece que a substituição será possível quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente. Considerando a reincidência e os maus antecedentes do réu, tendo sido condenado por crimes contra o patrimônio com uso de arma de fogo, a substituição não se mostra suficiente para punir o réu. No que se refere ao *sursis* da pena, também não será possível sua concessão, pois a reincidência e os maus antecedentes aqui considerados não se mostram compatíveis com a regra prevista no artigo 77, inciso II, do Código Penal. Portanto, o acusado não faz jus à substituição prevista no artigo 44 do Código Penal e nem à suspensão condicional da pena (*sursis*). [...]'

Assim, embora o recorrente não seja reincidente específico, a pretensão não se mostra viável, uma vez que o apelante possui duas condenações definitivas, em razão da prática de delitos contra o patrimônio, mediante o uso de violência e grave ameaça, inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com emprego de arma, voltando a reincidir na seara criminosa, o que indica que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra sociavelmente recomendável, nos termos do § 3º do artigo 44 do Código Penal.

Nessa linha de raciocínio, é o entendimento desta Corte de Justiça:

[...]

Assim, diante desse contexto, em razão da reincidência e da valoração negativa da circunstância judicial dos maus antecedentes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é medida socialmente recomendável." (e-STJ, fls. 253-255.)

No que toca aos embargos de declaração, decidiu:

"Assim, o acórdão embargado analisou detalhadamente o ponto de irresignação da Defesa técnica, manifestando-se sobre a impossibilidade de concessão do benefício pretendido, não apenas porque o réu é reincidente, mas sim porque o réu possui duas condenações definitivas por crimes contra o patrimônio com o uso de violência e grave ameaça, nos quais, inclusive, foi utilizada arma de fogo, sendo que, agora, foi condenado por posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Desse modo, é inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direito quando a medida não se mostrar socialmente recomendável, como no caso dos autos." (e-STJ, fls. 282-283.)

Verifica-se que o acórdão combatido está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido à existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.

Nesse sentido:

"[...]

- Hipótese em que o acórdão recorrido exasperou a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, pois, embora tenha decotado a análise desfavorável da personalidade do agente, tendo em vista a ausência de processos com condenação definitiva, a despeito da vasta folha de antecedentes, ainda remanesceu a valoração negativa das circunstâncias do delito, evidenciada pela ousadia e ardileza da conduta do paciente, que adulterou as placas do carro furtado com fita adesiva, a fim de assegurar o produto do crime, conduta essa que, inclusive, poderia ensejar tipo penal autônomo, elementos que demonstram a maior reprovabilidade da conduta.

- A despeito de o montante final da pena (2 anos de reclusão) autorizar, a princípio, o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que há circunstância judicial desfavorável ao paciente, o que justifica a imposição do regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, consoante orientação do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

- **Do mesmo modo, nos termos do art. 44, III, do CP, presente circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o estabelecimento da pena-base acima do piso, a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos não é recomendável à espécie, ainda que o montante da pena atenda ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.- Habeas corpus não conhecido.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 361.623/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/09/2016, grifou-se.)

"[...]

2. A despeito dos óbices sumulares, consta na decisão monocrática, bem como no acórdão que a confirmou, que **'a pena-base do recorrente foi majorada em razão de maus antecedentes, o que justificou a imposição do regime prisional semiaberto e afastou a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito'. Entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte, 3 - Embargos de declaração rejeitados."**

(EDcl no AgRg no AREsp 896.312 / SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/08/2016, grifou-se.)

"[...]

5. Embora o réu haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, **a existência de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes** - é elemento que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do art. 44, III, do Código Penal.

6. Agravo regimental provido parcialmente, para reduzir a pena do réu a 3 anos e 9 meses de reclusão e 38 dias-multa."

(AgRg no Ag 1.139.707/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2016, grifou-se.)

Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016).

Por fim, quanto à tese de existência de *ne bis in idem*, alegando terem sido utilizados os mesmo fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

Cumpre destacar, por oportuno, que, de acordo com o entendimento pacífico desta Corte, "constitui inovação recursal a apresentação de tese jurídica tão somente quando da oposição dos embargos de declaração (...)" (EDcl no AgRg no AREsp n. 650.339/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 20/5/2016).

Desse modo, incidem quanto ao ponto, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Súmula 356/STF: "O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DO DANO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE O PEDIDO E A SENTENÇA. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REPROVADAS. CULPABILIDADE. ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA. JUÍZO DE VALOR FORMADO COM BASE NO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO PENAL. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS.

1. O prequestionamento da questão federal, perante o Tribunal *a quo*, é requisito indispensável ao conhecimento e análise do recurso especial intentado com base no art. 105, III, da CF, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Mesmo as matérias de ordem pública devem ser previamente submetidas às instâncias ordinárias para serem enfrentadas na via especial.

(...)

8. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 751.366/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegada violação dos arts. 157, *caput* e § 1º, e 386, V, ambos do Código de Processo Penal; 2º, I e II, parágrafo único e 5º, ambos da Lei n. 9.296/1996; 112 da Lei de Execução Penal, na medida em que tais matérias não foram objeto da apelação, nem apreciadas, sequer implicitamente, no acórdão impugnado.

2. Configura a inadmissível inovação recursal a apresentação de tese jurídica somente por ocasião dos embargos de declaração opostos ao recurso de apelação, o que afasta eventual negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal.

3. Mesmo nos casos de matéria de ordem pública, é necessário o seu prévio debate nas instâncias de origem para que a questão possa ser analisada por este Superior Tribunal, sob pena de inobservância do requisito constitucional relativo ao prequestionamento.

(...)

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 15.211/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0192978-9

AgRg no
AREsp 955.835 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067260920148070008 20140810067267 20140810067267AGS 67260920148070008
672672014

PAUTA: 13/06/2017

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MOISES FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
BRUNO BORGES JUNQUEIRA TASSI E OUTRO(S) - DF034031
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MOISES FERREIRA DOS SANTOS
ADVOGADA : ARIELLE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF034431
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.